

VANESSA PAULA DE SOUZA ALVES

**DIÁLOGO COMPETITIVO: a nova modalidade licitatória da LEI N°
14.133/2021**

CURSO DE DIREITO – UniEVANGÉLICA
2023

VANESSA PAULA DE SOUZA ALVES

**DIÁLOGO COMPETITIVO: a nova modalidade licitatória da LEI Nº
14.133/2021**

Monografia apresentada ao Núcleo de Trabalho Científico do Curso de Direito da UniEVANGÉLICA, como exigência parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do professor Me. Alessandro Gonçalves da Paixão.

VANESSA PAULA DE SOUZA ALVES

**DIÁLOGO COMPETITIVO: a nova modalidade licitatória da LEI Nº
14.133/2021**

Anápolis,de.....2023.

BANCA EXAMINADORA

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente à Deus que me honra em meus propósitos.

Agradeço também aos meus pais por me proporcionarem, nesse momento da minha vida, a chance de concluir mais uma graduação.

Ao meu marido Leandro e meus filhos Davi e Elisa por me amarem mesmo diante das ausências durante essa graduação.

E, por fim, ao meu orientador Alessandro Gonçalves da Paixão pelos ensinamentos e desafios propostos durante a execução deste trabalho.

RESUMO

Este trabalho monográfico tem por finalidade o aprofundamento da questão sobre a aplicação da nova modalidade licitatória apresentada pela Lei nº 14.133 de 1º de abril de 2021: o Diálogo Competitivo. Esta nova modalidade licitatória apresenta-se como alternativa para a Administração Pública em contratações que envolvam inovação tecnológica ou técnica e nas quais haja impossibilidade do órgão (ou entidade) ter sua necessidade satisfeita ou suas especificações técnicas definidas sem a adaptação de soluções disponíveis no mercado. Outrossim, cumpre esclarecer que o procedimento utilizado em tal modalidade difere-se do utilizado para as demais modalidades licitatórias. Esse procedimento envolve as seguintes fases: pré-seleção dos interessados, diálogo entre os pré-selecionados e fase competitiva. Além disso, também há exigência de que a condução seja feita por uma comissão de contratação e não só pelo agente de contratação. Para que o trabalho se pautasse do êxito esperado, adotou-se uma metodologia de trabalho em que foram realizadas consultas em obras e legislações existentes e que versam fartamente sobre o assunto abordado.

Palavras-chaves: Lei nº 14.133/2021. Nova modalidade licitatória. Diálogo competitivo. Inovação tecnológica. Procedimento.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO I - LICITAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988	3
1.1 Conceito de licitação	3
1.2 Competência para legislar	4
1.3 Fundamento constitucional do dever de licitar	4
1.4 Princípios.....	5
CAPÍTULO II – A NOVA LEI DE LICITAÇÕES (LEI 14.133/ 2021)	16
2.1 Âmbito de aplicação	16
2.2 Principais inovações.....	18
CAPÍTULO III – DIÁLOGO COMPETITIVO	26
3.1 Origem.....	26
3.2 Definição	27
3.3 Objetos	28
3.4 Comissão de contratação.....	30
3.5 Procedimento	31
3.6 Utilização prática	35
CONCLUSÃO	37
REFERÊNCIAS	39

INTRODUÇÃO

O presente trabalho serve de laboratório para o estudo do Direito Administrativo, especificadamente para a investigação da aplicação da nova modalidade licitatória apresentada pela Lei 14.133 de 1º de abril de 2021.

A chamada Nova Lei de Licitações entrou em vigor na data de sua publicação (01 de abril de 2021) e trouxe insegurança para sua aplicação em virtude das inúmeras novidades e da obrigatoriedade de cumprimento para Estados, Municípios e Distrito Federal.

Essa insegurança assume ainda maior relevância em razão da previsão de coexistência, inicialmente, pelo período de 2 (dois) anos com os outros diplomas legais, quais sejam as seguintes Leis de nº: 8.666/1993, 12.462/2011 (RDC) e 10.520/2002 (Pregão). Nesse ponto, vale ressaltar que, durante a confecção do presente trabalho, foi publicada a Medida Provisória nº 1.167 de 31 de março de 2023 que prorrogou a possibilidade do uso de tais dispositivos legais para até 30 de dezembro de 2023.

No que se refere às modalidades de licitação, vale destacar a inclusão do Diálogo Competitivo como forma de se buscar melhores soluções para a preservação do interesse público. Essa nova modalidade foi inspirada nos procedimentos licitatórios da União Europeia. A ideia de sua criação surgiu a partir da necessidade de o Estado efetuar contratações para problemas ainda não corretamente identificados e delimitados.

Deste modo, após análise acintosa dos conteúdos acima expostos, se percebe que a aplicação da nova modalidade licitatória ainda é um assunto que gera questionamentos. O assunto será abordado visando entender a nova previsão legal e esmiuçar o procedimento para o melhor conhecimento sobre a aplicabilidade de tal modalidade.

CAPÍTULO I - LICITAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988

O presente capítulo trata das disposições principiológicas da Licitação na Constituição Federal de 1988, bem como complementa com a definição dos princípios abarcados pela Lei de nº 14.133/2021.

Nesse contexto é apresentado o conceito de licitação, a competência para legislar, o fundamento constitucional do dever de licitar e os princípios relativos ao procedimento licitatório brasileiro.

1.1 Conceito de licitação

A licitação, sendo um procedimento anterior ao contrato, vem contornar os riscos de se deixar ao exclusivo critério da Administração Pública a escolha das pessoas a serem contratadas. Nesse sentido, conforme bem preceitua José dos Santos Carvalho Filho (2022), para se chegar a um adequado conceito de licitação é preciso considerar a natureza jurídica do instituto e o objetivo (*a ratio essendi*) desse instrumento. Nesse sentido José dos Santos Carvalho Filho (2022, p. 240) apresenta como conceito de licitação:

[...] procedimento administrativo vinculado por meio do qual os entes da Administração Pública e aqueles por ela controlados selecionam a melhor proposta entre as oferecidas pelos vários interessados, com dois objetivos – a celebração de contrato, ou a obtenção do melhor trabalho técnico, artístico ou científico.

Na mesma linha pontua Alexandre Mazza (2022, p. 265):

[...] procedimento administrativo pelo qual entidades governamentais convocam interessados em fornecer bens ou serviços, assim como locar ou adquirir bens públicos, estabelecendo uma competição a fim de celebrar contrato com quem oferecer a melhor proposta.

1.2 Competência para legislar

O artigo 22, XXVII, da Constituição Federal/88 prescreve a competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação. Essa competência tem abrangência para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (BRASIL, 1988).

Importante destacar que, conforme Alexandre Mazza (2022), quando a constituição atribuiu à União a competência para editar normas gerais sobre licitação estaria também dizendo que as regras específicas caberiam às demais entidades federativas. Nesse sentido, o autor relata que alguns doutrinadores consideram que o inciso XXVII foi equivocadamente incluído no artigo 22 da Constituição Federal de 1988 (competência legislativa privativa da União), e que deveria, na verdade, ter sido alocado no rol do artigo 24 que trata das competências legislativas concorrentes.

1.3 Fundamento constitucional do dever de licitar

O dever de licitar está fundamentado no artigo 37 XXI da Constituição Federal de 1988. Segundo tal artigo, as obras, serviços, compras e alienações devem ser contratados por processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento (mantidas as condições efetivas da proposta), ressalvados apenas os casos especificados na legislação, e permitindo somente as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Para Alexandre Mazza (2022), desmembrando tal dispositivo constitucional, pode-se observar que, na parte “ressalvados os casos especificados na legislação”, a Constituição atribui competência ao legislador infraconstitucional para definir as hipóteses em que poderá ocorrer contratação direta sem licitação. Já

no dispositivo “obras, serviços, compras e alienações” a Constituição exemplifica alguns bens em que a contratação prévia exige licitação. Na sequência observa-se que, na expressão “mantidas as condições efetivas da proposta”, a Constituição apresenta como garantia constitucional a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos. Além disso, na parte “as exigências de qualificação técnica e econômica devem se restringir ao estritamente indispensável para garantir o cumprimento das obrigações” o constituinte assegura a competitividade na licitação, não podendo o instrumento convocatório exigir condições desproporcionais dos participantes.

1.4 Princípios

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2022) deixa claro em sua obra a falta de uniformização dentre os doutrinadores acerca da indicação dos princípios informativos da licitação. Segundo a autora, a licitação é uma decorrência do princípio da indisponibilidade do interesse público em que há uma restrição à liberdade administrativa na escolha do contratante.

Neste trabalho monográfico realizou-se um estudo sobre os princípios mais indicados pelos doutrinadores objeto desta pesquisa, o que se passa a expor a seguir.

1.4.1 Princípios constitucionais aplicáveis à licitação pública

Os princípios basilares da Administração Pública trazidos pelo artigo 37 da Constituição Federal são também aplicáveis ao procedimento licitatório, sendo os seguintes: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Além desses princípios é possível observar no texto constitucional (expressa ou implicitamente) outros princípios informativos relacionados à licitação pública, sendo alguns deles os seguintes princípios: do interesse público, da competitividade, da segurança jurídica, da probidade administrativa e o da celeridade (ZAFFARI *et al.*, 2022).

1.4.1.1 Princípio da legalidade

De início, cumpre ressaltar a importância desse princípio para um Estado Democrático de Direito. Trata-se de uma regra vital que impede a legitimidade de atitudes arbitrárias por detentores do Poder Público, já que consubstancia uma salvaguarda para os direitos dos administrados e uma limitação da atuação da Administração Pública (SPITZCOVSKY, 2022).

O princípio da legalidade, no que se refere à licitação, garante aos licitantes o direito de que o procedimento seja realizado exatamente de acordo com o que está previsto na legislação. Como exemplo cita-se a obrigatoriedade de a autoridade responsável seguir as fases do procedimento licitatório conforme definido na lei (ZAFFARI *et al.*, 2022).

Em relação à Nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021), o princípio da legalidade foi reforçado com a inclusão de vedações a participação de parentes do administrador nos certames (artigo 14, IV) e na celebração de contratações e subcontratações (artigo 122, parágrafo 3º) (SPITZCOVSKY, 2021).

1.4.1.2 Princípio da impessoalidade

Conforme Celso Spitzcovsky (2022), o princípio da impessoalidade pode ser traduzido pela obrigação atribuída ao Poder Público de manter uma posição neutra em relação aos administrados, sendo apenas permitidas discriminações que atendam ao interesse público. Dessa forma, exige-se, como regra geral, a abertura de licitação para a contratação de serviços visando a escolha da proposta mais vantajosa, respeitado o edital.

Para Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2021), o princípio da impessoalidade possui duas acepções possíveis: a igualdade (ou isonomia) e o da proibição da e promoção pessoal dos seus agentes.

O princípio da impessoalidade na acepção da igualdade (ou isonomia) é um dos alicerces da licitação. Nesse sentido, veda preferência a determinados licitantes em detrimento dos demais (DI PIETRO, 2022).

1.4.1.3 Princípio da moralidade

O princípio da moralidade exige que os agentes públicos, além do respeito à lei, atuem conforme padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé. Para o controle da moralidade administrativa, o ordenamento jurídico prevê diversos instrumentos, como por exemplo: a ação de improbidade (art. 37, § 4.º, da CRFB e Lei 8.429/1992); a ação popular (art. 5.º, LXXIII, da CRFB e Lei 4.717/1965); a ação civil pública (art. 129, III, da CRFB e Lei 7.347/1985); as hipóteses de inelegibilidade previstas no art. 1.º da LC 64/1990, alterada pela LC 135/2010 (“Lei da Ficha Limpa”); as sanções administrativas e judiciais previstas na Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), dentre outros (OLIVEIRA, 2021).

Em relação à Nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021), reiteram-se os mesmos comentários estabelecidos quanto ao princípio da legalidade, acrescentando-se a positivação dos conceitos de sobrepreço e superfaturamento (artigo 6º, LVI e LVII) (SPITZCOVSKY, 2021).

1.4.1.4 Princípio da publicidade

Para José dos Santos Carvalho Filho (2022), deve ser dado aos atos da Administração Pública a mais ampla divulgação possível, já que constitui fundamento do princípio da publicidade propiciar o controle da legitimidade da conduta dos agentes administrativos pelos administrados.

Cumprido ressaltar que a Nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021) adotou, no artigo 174, em regra, a modalidade eletrônica para as licitações, além da obrigação de inclusão de informações no PNCP (Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) promovendo a centralização e a divulgação eletrônica de todos os atos das licitações e dos contratos em âmbito nacional, prestigiando, assim, a transparência (SPITZCOVSKY, 2021).

1.4.1.5 Princípio da Eficiência

O princípio da eficiência foi guindado ao plano constitucional pela Emenda Constitucional nº 19/1998 que o acrescentou ao caput do artigo 37. No projeto da Emenda era denominado de “qualidade do serviço prestado”. Com essa inclusão o Governo pretendeu conferir aos usuários dos serviços mais produtividade e economicidade, além da redução dos desperdícios de dinheiro público. Para isso, impõe-se a execução dos serviços públicos e serviços administrativos internos com presteza, perfeição e rendimento funcional (CARVALHO FILHO, 2022).

Celso Spitzcovsky (2021) apresenta o destaque de alguns pontos da Nova Lei Licitação relativos ao princípio da eficiência, tais como os seguintes: previsão do contrato de eficiência na busca por preço, qualidade e celeridade; critérios de julgamento do maior desconto e melhor retorno econômico; inclusão do diálogo competitivo entre as modalidades de licitação objetivando a busca de melhores soluções para a prestação do interesse público; inversão das fases de julgamento e habilitação, oferecendo maior rapidez ao certame; implantação de fase recursal única e incorporação da possibilidade de negociação com o licitante vencedor; previsão de instrumentos auxiliares como o credenciamento, a pré-qualificação, os registros cadastrais e o registro de preços.

1.4.1.6 Princípio do interesse público

Segundo Eduardo Zaffari *et al.* (2022), a Constituição Federal não tem um artigo específico destinado à supremacia do interesse público, porém constitui um valor constitucional e sua ideia está presente em diversas partes do texto da Constituição, como por exemplo no artigo 5º XXIV e XXV, que tratam dos institutos da desapropriação e da requisição. Para esse autor, em relação aos procedimentos licitatórios, o princípio do interesse público se faz presente na possibilidade da revogação da licitação por motivo de conveniência e oportunidade, hipótese prevista no artigo 71, II da lei nº 14.133/2021, que demonstra a primazia do interesse público sobre o individual.

Para Celso Spitzcovsky (2021), em relação ao princípio do interesse público, merecem destaque, na Nova Lei Licitação, as seguintes disposições: vedação de paralisação de obras e serviços em momentos de troca de governo;

proibição de compra de artigos de luxo (artigo 20); controle dos contratos, destacando-se a positivação dos requisitos para a anulação como: caracterização de vício insanável, do interesse público e de aspectos relacionados ao impacto econômico-financeiro, riscos sociais e ambientais e despesas com desmobilização e retorno. Isso se deve às diretrizes estabelecidas na Lei nº 13.655/2018 (LINDB) relativas às consequências da anulação dos atos; possibilidade de se conferir efeitos “*ex nunc*” quando da anulação, privilegiando, assim, a continuidade da atividade administrava quando necessária a celebração de nova contratação.

1.4.1.7 Princípio da competitividade

O princípio da competitividade pode ser observado no artigo 37, XXI da Constituição Federal, quando o constituinte estabelece o dever licitatório assegurando igualdade de condições a todos os concorrentes, mantidas as condições efetivas da proposta e permitindo apenas exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações (BRASIL, 1988).

1.4.1.8 Princípio da segurança jurídica

Esse princípio não possui uma disposição específica na Constituição Federal, mas também pode ser considerado como um princípio constitucional, já que está na essência do próprio estado democrático de direito. Em relação aos procedimentos licitatórios, e visando à estabilidade das decisões administrativas, pressupõe que o agente público não pode adotar decisões diferentes a casos exatamente iguais (ZAFFARI *et al.*, 2022).

Trata-se de princípio basilar, já que não há direito sem segurança jurídica. Visa combater a arbitrariedade e as decisões autoritárias. Impõe a estabilidade da relação entre a Administração Pública e os licitantes contratados, vedando surpresas com novos entendimentos sobre as regras estipuladas previamente. Não significa que a Administração Pública não possa mudar suas regras. As mudanças, como regra, devem ter efeitos prospectivos. Decorrem deste princípio o respeito à coisa julgada, ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido (ROCHA *et al.*, 2021).

1.4.1.9 Princípio da probidade administrativa

Tal princípio é decorrente do artigo 37, parágrafo 4º, da Constituição Federal em que o constituinte impõe sanções aos atos de improbidade administrativa como a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível (BRASIL, 1988).

Nas licitações públicas esse princípio é violado, por exemplo, quando o agente realiza a dispensa de procedimento licitatório em situação diversa das previstas no artigo 75 da Lei nº 14.133/2021 (ZAFFARI *et al.*, 2022).

Para Celso Spitzcovsky (2021), também merecem destaque, na Nova Lei de Licitações, os seguintes pontos relativos à probidade administrativa: proibição de participação de parentes do administrador no certame como forma de combate ao nepotismo (artigo 14 IV) bem como nas contratações e subcontratações (art. 122 parágrafo 3º); positivação de conceitos de superfaturamento e sobrepreço (artigo 6º, LVI e LVII); maior rigor nas sanções resultantes da prática de crimes com a inclusão de capítulo específico no Título XI na Parte Especial do Código Penal (artigos 178 e seguintes) e possibilidade de apuração conjunta de irregularidades também previstas na Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/13) e na aplicação de sanções administrativas (artigo 159).

1.4.1.10 Princípio da celeridade

Conforme preceitua Eduardo Zaffari *et al.* (2022), o princípio da celeridade está previsto no artigo 5º LXXVIII da Constituição Federal e assegura a razoável duração do processo, trazendo como finalidade à prática licitatória que o processo não seja tão moroso e complexo.

Celso Spitzcovsky (2021) pontua, em relação ao princípio da celeridade, que, na Nova Lei Licitatória, os seguintes dispositivos se destacam: inversão das fases de julgamento e classificação (artigo 17); fase recursal única (artigo 17); previsão de prazos mais céleres para a resposta, pela Administração Pública, a

pedidos de reajuste e repactuação (artigo 92, parágrafo 6º); para a resposta a recursos administrativos (artigo 165 I); para cumprimento de decisões dos Tribunais de Contas (artigo 171, parágrafo 2º); possibilidade de adoção do critério da arbitragem para a resolução dos conflitos (artigo 151) e para extinção dos contratos (artigo 138).

1.4.2 Outros princípios na Lei 14.133/2021

A Nova Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 14.133/2021) trouxe, em seu artigo 5º, um amplo rol de princípios (BRASIL, 2021):

Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

Vale ressaltar que, neste trabalho monográfico, alguns desses princípios já foram tratados no item 1.4.1. Segue-se com a tratativa dos demais.

1.4.2.1 Princípio do planejamento

Segundo Ferreira Filho (2022), o princípio do planejamento também está relacionado com a ideia de eficiência. Assim sendo, o procedimento licitatório deve ser planejado para se ter um resultado conforme as necessidades do interesse público. Esse planejamento, apesar de incidir durante todo o procedimento, deve ser intensificado principalmente no início do processo administrativo.

Para tal autor, destacam-se, na Nova Lei de Licitações, alguns dispositivos como, por exemplo, os seguintes: plano de contratações anuais (artigo 12, VII); exigência de estudo técnico preliminar (artigo 18, I); planejamento de compras (artigo 40); sistema de planejamento de contratações no PNCP (artigo 174 parágrafo 3º).

1.4.2.2 Princípio da transparência

Conforme Marcílio da Silva Ferreira Filho (2022), a transparência pode ser vista sob duas óticas: a transparência ativa e a passiva. A primeira se refere ao dever de prestar informações de interesse coletivo, independentemente de requerimento, conforme artigo 3º II da Lei nº 12.527/2011.

Nesse sentido, ao criar o Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) em seu artigo 174, a Lei nº 14.133/2021 assim dispôs:

Art. 174. É criado o Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), sítio eletrônico oficial destinado à: I - divulgação centralizada e obrigatória dos atos exigidos por esta Lei; II - realização facultativa das contratações pelos órgãos e entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todos os entes federativos.

A transparência passiva é o dever de fornecer informação de interesse particular ou coletivo quando requerida pelo interessado. Esse fornecimento deve seguir o artigo 5º, XXXIII, da Constituição e a Lei nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação), sendo que o sigilo só pode ser decretado de forma excepcional (quando imprescindível à segurança do Estado ou da sociedade) (FERREIRA FILHO, 2022).

1.4.2.3 Princípio da eficácia

Para Wesley Rocha *et al.* (2021), o princípio da eficácia está relacionado à capacidade de se alcançar os resultados pretendidos. Difere da eficiência, já que esta analisa a relação entre custo e benefício. Ambos os princípios são fundamentais para o processo licitatório. Assim sendo, é preciso buscar a eficácia com eficiência.

1.4.2.4 Princípio da segregação das funções

O princípio da segregação de funções é um dos novos princípios contemplados pela Lei nº 14.133/2021. Foi criado com a finalidade de evitar a ocultação de erros por parte dos agentes públicos, já que quando se tem poucos

agentes faltam controle recíproco por pessoas diferentes. Para isso, o princípio visa viabilizar maior controle dos atos praticados (FERREIRA FILHO, 2022).

1.4.2.5 Princípio da motivação

Trata-se da obrigação do agente público demonstrar e justificar os motivos e fundamentos legais nas decisões administrativas. Como exemplo, a hipótese de revogação da licitação por motivo de conveniência e oportunidade do artigo 71 II da Lei nº 14.133/2021. Nesse dispositivo, o agente público tem a obrigação de explicitar todos os motivos fáticos e jurídicos determinantes da decisão pela revogação (ZAFFARI *et al.*, 2022).

1.4.2.6 Princípio da vinculação ao edital

Para Celso Spitzcovsky (2021), o princípio da vinculação ao edital evita surpresas durante os certames e impede exigências que não estejam previstas no instrumento convocatório. Como exemplo, a previsão da desclassificação de propostas em desacordo com o edital (artigo 59, II).

1.4.2.7 Princípio do julgamento objetivo

O princípio do julgamento objetivo está relacionado com os critérios adotados na licitação. Sob esse aspecto, o procedimento deve ser conduzido por critérios objetivos para evitar tendências na escolha da proposta. Tais critérios de julgamento (tipos de licitação) estão descritos no artigo 33 da Lei nº 14133/2021. Como exemplo, cita-se o Pregão, que serve para aquisição de bens e serviços comuns, em que só será possível a utilização dos critérios menor preço e maior desconto (FERREIRA FILHO, 2022).

1.4.2.8 Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade

Para Marcílio da Silva Ferreira Filho (2022) os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade são mencionados como princípios implícitos da Administração Pública e servem como limites à atividade administrativa. De acordo

com o Supremo Tribunal Federal, para cumprimento desses princípios, devem ser avaliados na prática do ato administrativo a necessidade, a adequação e a proporcionalidade em sentido estrito. Por isso, meras formalidades não devem resultar na exclusão de licitantes se tal medida for desproporcional.

1.4.2.9 Princípio da economicidade

O princípio da economicidade está relacionado ao princípio constitucional da eficiência. Decorre do princípio da economicidade a necessidade de se preservar os cofres públicos, trazendo ao agente público a preocupação com a diminuição dos gastos no processo licitatório como, por exemplo, com a escolha da proposta mais econômica tanto quanto possível (ZAFFARI *et al.*, 2022).

1.4.2.10 Princípio do desenvolvimento nacional sustentável

A positivação desse princípio na Lei nº 14.133/2021 condiciona a atuação do administrador a observância de critérios sociais, ambientais e econômicos no processo licitatório. Como exemplo, a reserva de vagas para egressos do sistema prisional nos quadros do contratado, para reabilitados da previdência social e para aprendizes (artigos 63, IV e 92, XVII) (SPITZCOVSKY, 2022).

1.4.2.11 Observância das disposições da LINDB (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro)

A Lei nº 14.133/2021 reforça as disposições da LINDB (Decreto-lei nº 4657 de 04 de setembro de 1942), especialmente os seus artigos 20 a 30 abrangendo a motivação dos atos decisórios no âmbito das licitações. Essas modificações foram introduzidas com o objetivo de que o intérprete do Direito levasse em conta as perspectivas práticas de sua decisão (FERREIRA FILHO, 2022).

Para Celso Spitzcovsky (2021), a concretização e o respeito a estas diretrizes, na Lei de nº 14.133/2021, se dá através de previsões como, por exemplo, as seguintes: nulidade dos contratos (artigo 147); infrações e sanções

administrativas (artigo 155); infrações e sanções administrativas (artigo 161, parágrafo único) e controle das contratações (artigo 169).

No capítulo I deste trabalho monográfico, tratou-se dos conceitos introdutórios de licitação, foi analisada a competência constitucional para legislar sobre tal tema e foram traçadas as bases principiológicas que servirão de alicerce para a tratativa, nos demais capítulos, do atual procedimento licitatório brasileiro.

CAPÍTULO II – A NOVA LEI DE LICITAÇÕES (LEI 14.133/ 2021)

No segundo capítulo deste trabalho, serão realizados os estudos sobre o âmbito de aplicação e as principais inovações apresentadas pela Lei 14.133/2021.

2.1 Âmbito de aplicação

Conforme Marcílio da Silva Ferreira Filho (2022), a Lei 14133/2021 traz, em seu capítulo I, regras sobre o âmbito de aplicação desta lei. Nesse sentido, a lei dispõe, no artigo 1º, sua incidência para pessoas jurídicas de direito público integrantes da Administração Pública, abrangendo: Administração Direta (União, Estados, Municípios e Distrito Federal) e parte dos entes da Administração Indireta (Autarquias e Fundações Públicas). Além disso, esse artigo também estende a abrangência para os órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União, dos Estados e do Distrito Federal e para os órgãos do Poder Legislativo dos Municípios (quando no desempenho da função administrativa), bem como para os fundos especiais e para as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela Administração Pública.

Em relação às entidades da Administração Indireta, a Lei 14133/2021, em seu artigo 1º, deixa claro que (BRASIL, 2021):

§ 1º Não são abrangidas por esta Lei as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as suas subsidiárias, regidas pela Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, ressalvado o disposto no art. 178 desta Lei.

Portanto, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e suas subsidiárias foram excluídas da aplicação da Nova Lei de Licitações, independentemente da finalidade de sua criação (prestação de serviços públicos ou exploração de atividade econômica). Já a exceção prevista no final do artigo 1º § 1º, refere-se aos crimes em matéria de licitações e contratos administrativos (SPITZCOVSKY, 2021).

Conforme entendimento de Wesley Rocha *et al.* (2021), poderá haver a aplicação subsidiária da Lei Geral de Licitações e Contratos (14.133/2021) às empresas públicas, às sociedades de economia mista e suas subsidiárias exploradoras de atividade econômica quando houver lacunas na Lei nº 13.303/2016 (lei que dispõe sobre o estatuto jurídico dessas entidades) e desde que haja identidade de pressupostos e finalidade.

Ainda para Celso Spitzcovsky (2021), as representações diplomáticas no exterior serão regulamentadas por ato editado pelo Ministério das Relações Exteriores com respeito aos princípios relacionados no artigo 5º da Nova Lei de Licitações. De outra forma, as contratações envolvendo recursos de doações estrangeira ou empréstimos provenientes de organismos internacionais podem ser realizadas desde que passem por adequações específicas delimitadas no artigo 1º §§ 3º ao 5º.

De um modo geral, conforme Rodrigo Bordalo Rodrigues (2021), todos os contratos obedecem ao regime da nova lei, como exemplo as compras, prestações de serviços, obras e serviços de arquitetura e engenharia, alienações, locações, entre outros. Nesse contexto, também são abrangidas as concessões e permissões de uso de bens públicos e as concessões de direito real de uso.

Pela relevância da matéria, faz-se mister a reprodução do rol apresentado pela Nova Lei de Licitações (BRASIL, 2021):

Art. 2º Esta Lei aplica-se a: I - alienação e concessão de direito real de uso de bens; II - compra, inclusive por encomenda; III - locação; IV - concessão e permissão de uso de bens públicos; V - prestação de serviços, inclusive os técnico-profissionais especializados; VI -

obras e serviços de arquitetura e engenharia; VII - contratações de tecnologia da informação e de comunicação.

Todavia, não serão regidas pela Lei Geral os contratos sujeitos à legislação própria e os contratos de operações de crédito (interna ou externa), bem como os contratos de gestão da dívida pública. Quanto às micro e pequenas empresas, o §1º do artigo 4º da Nova Lei veda a aplicação das regras mais benéficas previstas na Lei Complementar nº 123/2006 aos casos de licitação quando o valor estimado da contratação for superior à receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como empresa de pequeno porte (ROCHA *et al.*, 2021).

2.2 Principais inovações

Considerando as inúmeras inovações trazidas pela lei 14.133/2021, cabe esclarecer que foram escolhidas e serão apresentadas apenas algumas inovações condizentes com o objeto de estudo do presente trabalho monográfico.

2.2.1 Tipos Licitatórios

Os critérios ou tipo licitatórios foram ampliados na Nova Lei em relação ao disposto na Lei de nº. 8.666/93, com importantes novidades em relação ao conteúdo artístico, o maior desconto e o maior retorno econômico, sendo os dois últimos como desdobramentos dos Princípios da Eficiência e da Economicidade (SPITZCOVSKY, 2021).

A matéria encontra-se disciplinada no Título II, Seção III, nos artigos 33 a 39 da nova legislação, valendo destacar os critérios adotados pela lei (BRASIL,2021):

Art. 33. O julgamento das propostas será realizado de acordo com os seguintes critérios: I - menor preço; II - maior desconto; III - melhor técnica ou conteúdo artístico; IV - técnica e preço; V - maior lance, no caso de leilão; VI - maior retorno econômico.

O julgamento por menor preço ou maior desconto, conforme artigo 34, e quando couber, por técnica e preço, considera o menor dispêndio para a

Administração quando atendidos os parâmetros mínimos de qualidade definidos no edital. Nesse sentido, o julgamento por técnica e preço considera a maior pontuação obtida a partir da ponderação, segundo fatores objetivos previstos no edital das notas atribuídas aos aspectos de técnica e preço da proposta. Primeiro avaliam-se as propostas técnicas e, em seguida, as propostas de preço na proporção máxima de 70% de valoração para a proposta técnica conforme art. 36 § 2º da Nova Lei (PIETRO, 2023).

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2023), o julgamento por maior retorno econômico é utilizado, conforme artigo 39, exclusivamente para a celebração de contrato de eficiência em que considerará a maior economia para a Administração, sendo a remuneração fixada em percentual que incidirá proporcionalmente à economia efetivamente obtida na execução do contrato.

2.2.2 Modalidades Licitatórias

As modalidades licitatórias da Lei 8.666/93 não foram integralmente mantidas na Nova Lei de Licitações, ressaltando-se a exclusão das modalidades de tomada de preços e convite. Além disso, também não houve a incorporação do Regime Diferenciado de Contratações (RDC) previsto na Lei nº. 12.462/11. Em relação ao pregão, previsto inicialmente na Lei de nº. 10.520/2002, a hipótese de utilização foi incorporada na nova lei para aquisição de bens e serviços comuns (RODRIGUES,2021).

Importante ressaltar a proibição constitucional da criação de outras modalidades que não seja por meio de lei, conforme previsto no art. 28 § 2º da Lei 14.133/2021 (BRASIL,2021):

§ 2º É vedada a criação de outras modalidades de licitação ou, ainda, a combinação daquelas referidas no caput deste artigo.

Além disso, conforme Celso Spitzcovsky (2022), o § 1º do mesmo artigo apresenta os procedimentos auxiliares incorporando situações já previstas no regime anterior, das Leis 12.462/11 e 13.303/16, quais sejam: credenciamento, pré-

qualificação, procedimento de manifestação de interesse, sistema de registro de preços e registro cadastral.

Para Marcílio da Silva Ferreira Filho (2022), todas as modalidades previstas na Lei 14.133/2021 são escolhidas de acordo com o objeto a ser contratado, extinguindo-se a divisão “em razão do valor”.

2.2.2.1 Concorrência

A concorrência sofreu algumas alterações. Manteve-se como a modalidade para contratação de bens e serviços especiais e de obras e serviços comuns e especiais de engenharia, mas com a diferença de que, a partir da Nova Lei, será independentemente do valor. Nesse contexto, visualiza-se a partir de então a modalidade qualitativa (definida pelo objeto) ao invés da quantitativa (definida pelo valor) (MAZZA,2022).

A definição dessa modalidade licitatória pode ser observada no art. 6º, inciso XXXVIII, da Lei 14.133/2021 (BRASIL,2021):

Art. 6º (...)

XXXVIII - concorrência: modalidade de licitação para contratação de bens e serviços especiais e de obras e serviços comuns e especiais de engenharia, cujo critério de julgamento poderá ser:

- a) menor preço;
- b) melhor técnica ou conteúdo artístico;
- c) técnica e preço;
- d) maior retorno econômico;
- e) maior desconto

Dessa definição legal, nota-se um redirecionamento da modalidade concorrência que, a partir da Nova Lei de Licitações, só pode ser utilizada para a contratação de bens e serviços especiais e de obras e serviços comuns e especiais de engenharia, independentemente do valor (SPITZCOVSKY, 2021).

2.2.2.2 Concurso

Inicialmente, cumpre destacar a definição contida no art. 6º XXXIX da Nova Lei de Licitações (BRASIL,2021):

Art. 6º (...)

XXXIX - concurso: modalidade de licitação para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, cujo critério de julgamento será o de melhor técnica ou conteúdo artístico, e para concessão de prêmio ou remuneração ao vencedor;

Diante do exposto, observa-se que, quanto ao objeto do Concurso, a Nova Lei não trouxe alterações, permanecendo sua utilização para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico. A inovação legal verifica-se quanto à limitação da participação àqueles que cumprirem as condições de qualificação previstas no edital que indicará, conforme artigo 30 da lei 14.133/2021, a qualificação exigida, as diretrizes e formas de apresentação do trabalho e as condições de realização e o prêmio/ remuneração ao vencedor (SPITZCOVSKY, 2021).

2.2.2.3 Leilão

Para Wesley Rocha *et al.* (2021), a Nova Lei de Licitações estabelece que o Leilão será utilizado para alienação de bens imóveis ou de bens móveis inservíveis ou legalmente apreendidos e o licitante vencedor será quem oferecer o maior lance. Observa-se assim, em comparação à Lei de Licitações anterior (8.666/93), uma ampliação do emprego dessa modalidade no que se refere aos bens imóveis, já que, pela nova lei, quaisquer bens imóveis podem ser leiloados e não apenas ou adquiridos por procedimentos judiciais/ dação em pagamento.

2.2.2.4 Pregão

Em primeira análise, toda vez que a Administração Pública tiver a intenção de contratar bens ou serviços considerados comuns, independentemente do valor, deverá se valer da modalidade pregão. Essa modalidade tem um procedimento célere e flexível e o uso dessa modalidade amplia a competitividade, oportunidade de participação e contribui para a redução de gastos da Administração Pública.

O conceito de “bens e serviços comuns” é trazido pela Lei nº. 14.133/2021, em seu artigo 6º, XIII, em que são considerados aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade podem ser objetivamente definidos pelo edital por meio

de especificações usuais do mercado. Porém, mesmo com a definição legal, ainda constitui uma linguagem indeterminada, cabendo ao gestor público em cada caso e aos órgãos de controle considerar as peculiaridades do caso prático (FERREIRA FILHO, 2022).

2.2.2.5 Diálogo Competitivo

Com a publicação da Nova Lei de Licitações, houve a criação de uma nova modalidade: o diálogo competitivo, que, por ser o objetivo principal deste trabalho, será tratado no Capítulo III.

Diante do exposto, em resumo, o Pregão é usado para aquisição de bens e serviços comuns, cujo critério poderá ser o de menor preço ou maior desconto (art. 6º, XLI). A Concorrência é utilizada para bens e serviços especiais e para obras e serviços comuns e especiais de engenharia, cujo critério de julgamento poderá ser menor preço, melhor técnica ou conteúdo artístico, técnica e preço, maior retorno econômico ou maior desconto (art. 6º, XXXVIII). O Concurso é utilizado para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, cujo critério de julgamento será o de melhor técnica ou conteúdo artístico, e para concessão de prêmio ou remuneração ao vencedor (art. 6º, XXXIX). O Leilão é usado para alienação de bens imóveis ou de bens móveis inservíveis ou legalmente apreendidos a quem oferecer maior lance (art. 6º, XL). Já o Diálogo Competitivo passa a ser utilizado para contratação de obras, serviços e compras com intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às necessidades da Administração Pública (FERREIRA FILHO, 2022).

2.2.3 Procedimento

O artigo 17 da Lei 14.133/2021 esclarece o sequenciamento das fases do processo licitatório (BRASIL, 2021):

Art. 17 - O processo de licitação observará as seguintes fases, em sequência:
I - preparatória;
II - de divulgação do edital de licitação;
III - de apresentação de propostas e lances, quando for o caso;
IV - de julgamento;

- V - de habilitação;
- VI - recursal;
- VII - de homologação.

Considerando as fases da licitação, houve significativa alteração já que, com a Nova Lei, as propostas dos concorrentes são examinadas antes de se passar à análise da documentação. Isso representou um significativo ganho, já que antes se perdia muito tempo analisando a viabilidade da documentação de concorrentes que não teriam condições de concorrer com as demais propostas (ZAFFARI *et al.*, 2022).

Conforme artigo 17 §2º da Nova Lei, a realização do certame com emprego de meio eletrônico passa a ser a regra geral, admitindo-se a forma presencial apenas por decisão motivada (MAZZA,2022).

Art. 17 (...)

§2º - As licitações serão realizadas preferencialmente sob a forma eletrônica, admitida a utilização da forma presencial, desde que motivada, devendo a sessão pública ser registrada em ata e gravada em áudio e vídeo.

Ainda para Alexandre Mazza (2022), quanto aos modos de disputa, a Lei nº. 14.133/2021, assim como já ocorria no RDC, prevê dois sistemas de oferecimento de lances: o sistema aberto (em que cada licitante oferta sua proposta conhecendo os lances dos demais concorrentes) e o sistema fechado (em que o lance é oferecido sem que se conheçam as ofertas dos demais competidores). Isso ocorre de forma diferente do previsto na lei anterior (Lei nº. 8.666/93) em que os lances sempre eram apresentados de forma sigilosa (sistema fechado).

A Nova Lei de Licitações não fala mais em comissão de licitação como fazia a Lei 8.666. Ela fala em agente de contratação ou comissão de contratação. O agente de contratação, conforme art. 6º, LX, é a pessoa designada pela autoridade competente, entre servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes da Administração Pública, para tomar decisões, acompanhar o trâmite, dar impulso e executar quaisquer outras atividades até a homologação. Já a comissão de contratação pode atuar em substituição ao agente de contratação nas licitações que envolvam bens ou serviços especiais sendo formada por no mínimo três membros que responderão solidariamente por todos os atos praticados,

ressalvado o membro que expressar posição individual divergente fundamentada e registrada em ata (PIETRO, 2023).

Os critérios de julgamento estabelecem os padrões pelos quais os participantes de uma licitação são classificados, resultando na seleção do vencedor. A lei nº. 8.666/93 fazia uso do termo “tipos de licitação”, que não é mais utilizado na nova legislação. Já a lei nº 14.133/2021 lista seis critérios de julgamento, o que demonstra uma diferença em relação à legislação anterior (RODRIGUES,2021).

2.2.4 Contratação Direta

Embora a licitação seja a regra definida na Constituição Federal de 1988, existem certas hipóteses que a lei regulamenta e admite a celebração de contratos sem a realização de procedimento licitatório. Essas possibilidades são definidas como hipóteses de contratação direta sem licitação, quais sejam: dispensa e inexigibilidade. Nesses casos o Poder Público poderá firmar o contrato sem um procedimento licitatório, sendo necessário, no entanto, a instauração de um procedimento administrativo de justificação para a contratação nos termos dos artigos 72 da Lei nº. 14.133/2021 (FERREIRA FILHO, 2022).

Para Alexandre Mazza (2022), inexigibilidade é o tipo de contratação direta para as hipóteses em que for impossível licitar por inviabilidade de competição. Tais casos estão exemplificados no artigo 74 da Lei nº. 14.133/2021, podendo ser resumidos em três situações: fornecedor exclusivo, artista consagrado e prestador de serviços com notória especialização.

Já os casos de dispensa de licitação estão taxativamente previstos no artigo 75 da Lei nº 14.133/2021. Para esses casos, a licitação é possível, mas não obrigatória, por isso pode-se falar em decisão discricionária sobre a realização da licitação (MAZZA, 2022).

Vale ressaltar que, o artigo 73 da Nova Lei apresenta a responsabilização pela contratação direta indevida (BRASIL,2021):

Art. 73 - Na hipótese de contratação direta indevida ocorrida com dolo, fraude ou erro grosseiro, o contratado e o agente público responsável responderão solidariamente pelo dano causado ao erário, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

Segundo Eduardo Zaffari *et al.* (2022), os valores em que se dispensa a licitação, na Nova Lei de Licitações, foram elevados para até R\$ 100.000,00 para obras, serviços de engenharia ou serviços de manutenção de veículos automotores e de até R\$ 50.000,00 para bens e demais serviços. Vale ressaltar que, na lei anterior, a regra geral era de que as obras e os serviços de engenharia tinham o limite de R\$ 33.000,00 e as compras e serviços comuns de R\$ 17.600,00.

No capítulo II, tratou-se do âmbito de aplicação e das principais inovações da Lei 14.133/2021 com o objetivo detalhar, no próximo capítulo, a modalidade licitatória objeto de estudo deste trabalho monográfico.

CAPÍTULO III – DIÁLOGO COMPETITIVO

No terceiro capítulo deste trabalho, será realizado o aprofundamento do objeto de estudo deste trabalho detalhando-se origem, definição, objetos (aplicação), responsabilidade da comissão de contratação, procedimento e utilização prática da nova modalidade licitatória introduzida pela Lei nº 14.133/2021.

3.1 Origem

Conforme Marcílio da Silva Ferreira Filho (2022), o diálogo competitivo foi inspirado nos procedimentos licitatórios da União Europeia e surgiu no ordenamento jurídico brasileiro com a Lei de nº. 14.133/2021. A ideia da criação dessa modalidade surgiu da necessidade do Estado de efetuar contratações para problemas ainda não corretamente identificados e delimitados. Nesse sentido, seriam situações complexas que demandam diálogo com os principais *players* do mercado.

Para Wesley Rocha *et al.* (2021), o diálogo competitivo encontra-se imerso em um sistema normativo europeu pautado no tratamento igualitário e nos princípios da não discriminação e da transparência. Na Europa é intitulado como diálogo concorrencial e foi previsto originalmente na Diretiva nº 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, para responder às exigências de simplificação e modernização formuladas pelas entidades adjudicantes e pelos operadores econômicos.

Na perspectiva constitucional contemporânea, considerando o artigo 37 da Constituição Federal/1988, o princípio republicano e a exigência de *accountability*, ocorre a vinculação da Administração Pública à obtenção de

resultados que beneficiem a sociedade, os cidadãos e os indivíduos (ROCHA *et al.*, 2021).

3.2 Definição

Para Alexandre Mazza (2022), o diálogo competitivo é um modelo inovador porque a Administração Pública abre o procedimento sem ter convicção formada sobre a melhor forma de execução do objeto a ser licitado. O autor cita como exemplo uma hipótese em que o Poder Público necessite proteger equipamentos de uma escola contra vandalismo. Porém, nesse caso, a Administração não sabe exatamente quais são as opções técnicas existentes para alcançar tal objetivo. Então, no diálogo competitivo, será debatida a melhor solução com licitantes especializados no setor.

O diálogo competitivo encontra-se definido no inciso XLII do art. 6º da Lei nº. 14.133/2021 (BRASIL, 2021):

diálogo competitivo: modalidade de licitação para contratação de obras, serviços e compras em que a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados mediante critérios objetivos, com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento dos diálogos;

Dessa forma, é possível resumir a definição do diálogo competitivo como a modalidade que envolva inovação tecnológica para contratação de objeto ou na hipótese de busca pela solução técnica mais adequada (MAZZA, 2022).

Para Wesley Rocha *et al.* (2021), é uma forma interessante de a iniciativa privada auxiliar no atendimento das necessidades do Poder Público, o que concretiza os interesses social e público. Nesse sentido, busca estabelecer vínculos mais produtivos entre a iniciativa privada e a Administração Pública.

Cumprе esclarecer que, apesar de terem em comum a participação da iniciativa privada na etapa de estudos das contratações, o diálogo competitivo não se confunde com o procedimento de manifestação de interesse (PMI). Este

procedimento não constitui uma modalidade licitatória e sim um procedimento auxiliar da licitação e as contribuições nele trazidas pelos interessados ocorrem antes da abertura da licitação. Já o diálogo competitivo constitui uma modalidade licitatória em que a verificação das possibilidades, as análises e a definição da modelagem da contratação são definidas durante a licitação (RODRIGUES,2021).

3.3 Objetos

Além de o diálogo competitivo ser modalidade de licitação prevista na Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº. 14.133/2021), o artigo 2º da Lei Geral de Concessões de Serviços Públicos (Lei nº. 8937/1995) e o artigo 10 da Lei de Parceria Público-Privada (Lei nº 11.079/2004) também foram alterados pelos artigos 179 e 180 da Lei nº 14.133/2021. Nesse sentido, os novos incisos II e III do artigo 2º da Lei nº. 8937/1995 fixam o diálogo competitivo como modalidade de licitação para concessão de serviços público, que também pode ser conduzida pela modalidade concorrência. O mesmo ocorreu na previsão do diálogo competitivo para a contratação de parceria público-privada (ROCHA *et al.*, 2021).

O artigo 32 da Lei nº. 14.133/2021, apresenta situações em que é possível a utilização da modalidade diálogo competitivo, quais sejam:

A modalidade diálogo competitivo é restrita a contratações em que a Administração: I - vise a contratar objeto que envolva as seguintes condições: a) inovação tecnológica ou técnica; b) impossibilidade de o órgão ou entidade ter sua necessidade satisfeita sem a adaptação de soluções disponíveis no mercado; e c) impossibilidade de as especificações técnicas serem definidas com precisão suficiente pela Administração;

Auxilia na compreensão do tema, para Wesley Rocha *et al.* (2021), a definição de inovação da Diretiva 2014/24/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, que assevera Inovação como a implementação de um produto, serviço ou processo novo ou significativamente melhorado, incluindo processos de produção ou construção, um novo método de comercialização, um novo método organizacional nas práticas empresariais, na organização do local de trabalho ou nas relações externas para ajudar a resolver os desafios societários ou apoiar um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo.

Já no inciso II, o artigo 32 da Lei nº. 14.133/2021 dispõe outro tipo de contratação que poderia ser efetivada por meio do diálogo competitivo:

II - verifique a necessidade de definir e identificar os meios e as alternativas que possam satisfazer suas necessidades, com destaque para os seguintes aspectos: a) a solução técnica mais adequada; b) os requisitos técnicos aptos a concretizar a solução já definida; c) a estrutura jurídica ou financeira do contrato;

Esse inciso explica que, na fase de diálogo com os licitantes, as definições e identificações dos meios e alternativas para satisfação das necessidades da Administração Pública serão construídas. As alíneas do inciso II são meramente exemplificativas, não esgotando todas as utilizações possíveis. Dessa forma, a legislação aponta exemplos que justificam o emprego desta modalidade: necessidade de descobrir a solução técnica mais adequada, os requisitos técnicos para efetivação da solução e a estrutura jurídica/ financeira do contrato. Vê-se que o termo “complexo” não aparece literalmente no artigo 32, porém a complexidade é nota característica dos incisos I e II, porque existem questões técnicas ou tecnológicas e temas jurídicos e financeiros, além de inexistir solução pronta e disponível no mercado (ROCHA *et al.*, 2021).

Assim sendo, em resumo, considerando a Nova Lei de Licitações, quanto ao objeto, é possível utilizar o diálogo competitivo nas seguintes condições: inovação tecnológica ou técnica; impossibilidade de o órgão ou entidade ter sua necessidade satisfeita sem a adaptação e soluções disponíveis no mercado; impossibilidade de as especificações técnicas serem definidas com precisão suficiente pela Administração; necessidade de definir e identificar os meios e alternativas para satisfazer suas necessidades, tais como as seguintes: solução técnica mais adequada, requisitos técnicos aptos a concretizar a solução já definida e estrutura jurídica ou financeira do contrato (FERREIRA FILHO, 2022).

Para melhor compreensão acerca do tema, Eduardo Zaffari *et al.* (2022) apresenta como exemplo um prefeito de uma cidade do interior que não tem fornecimento de água por concessão. Então, a cidade se depara com um sério problema de abastecimento que vem comprometendo a segurança alimentar e de higiene dos cidadãos. A equipe do prefeito é reduzida e não há técnicos par auxiliar

na tomada de decisão. Nesse caso, o prefeito, como gestor, poderia optar pela realização do diálogo competitivo como um canal aberto de comunicação com o setor privado para identificar uma solução mais eficaz e de melhor custo-benefício para o município.

Durante a pandemia de Covid-19, noticiou-se a eficácia de determinada vacina que requeria baixíssima temperatura de armazenamento. Porém, as características geográficas de continentalidade e restrições logísticas para o transporte no Brasil representaram empecilho para a preservação da temperatura de conservação durante o transporte desses produtos. Tal fato é um exemplo que demanda soluções tecnológicas inovadoras. Nesse sentido, são necessidades que podem ensejar diálogo competitivo almejando-se colher do mercado as soluções criativas para as quais a Administração Pública não possui *expertise* (COUTO *et al.*, 2021).

3.4 Comissão de contratação

No diálogo competitivo, a condução do procedimento licitatório não é feita pelo agente de contratação, como ocorre nas outras modalidades, mas sim por uma comissão de contratação. Essa comissão deve ser formada por pelo menos três servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes da Administração (FERREIRA FILHO, 2022).

Quando inexistir servidores ou empregados públicos nos quadros permanentes para conduzirem adequadamente o processo licitatório em virtude da ausência de *expertise*, é admitida a contratação de profissionais para assessoramento técnico da comissão, segundo o artigo 32, § 1º, XI da Lei nº. 14.133/2021. Sobre a contratação desses profissionais externos, é cabível promover essa contratação mediante concorrência de técnica e preço (art. 37, § 1º, II). Porém, ressalta-se que se admite inclusive a dispensa de licitação para contratação de assessores dotados de notória especialização, quando for inviável a competição (art. 75, XIII) (ROCHA *et al.*, 2021).

Para Marcílio da Silva Ferreira Filho (2022), os profissionais contratados devem assinar termo de confidencialidade e não podem realizar atividades que configurem conflito de interesses, conforme artigo 32, § 2º da Nova Lei (FERREIRA FILHO, 2022).

3.5 Procedimento

Quanto ao procedimento, a diferença em relação às outras modalidades está somente na fase inicial não competitiva, que se inicia logo após a publicação de um primeiro edital de chamamento para interessados que queiram apresentar soluções técnicas. Após definição da melhor alternativa para satisfação das necessidades da administração, é publicado um segundo edital para instaurar a fase competitiva, sendo esta fase igual ao procedimento das demais modalidades. Vale ressaltar que o rito do diálogo competitivo está descrito no § 1º do artigo 32 da Lei nº. 14.133/2021 (MAZZA, 2022).

Para Marcílio da Silva Ferreira Filho (2022), o procedimento do diálogo competitivo inicia-se com a divulgação do edital em sítio eletrônico oficial (após a conclusão da fase preparatória). O edital deve constar as necessidades e exigências definidas previamente pelo Poder Público.

O procedimento pode ser acompanhado por órgão de controle externo, opinando no prazo máximo de 40 dias úteis, antes da celebração do contrato, sobre a legalidade, a legitimidade e a economicidade da licitação (PIETRO, 2023).

Após a divulgação do edital, apresentando as necessidades da Administração, tem-se as seguintes fases: pré-seleção dos interessados; diálogo entre os pré-selecionados até que se identifique a melhor solução e a fase competitiva, com a especificação da solução escolhida e dos critérios objetivos para a seleção da proposta mais vantajosa (SPITZCOVSKY, 2021).

3.5.1 Fase de pré-diálogo

Esta fase inicia-se com a escolha e justificativa da utilização, indicando as razões que sustentam o emprego da modalidade, juntando a documentação necessária e observando especialmente se estão presentes as situações dos incisos I e II do artigo 32 da Lei nº. 14.133/2021. Após isso, a Administração Pública realiza o desenho institucional da licitação e planeja a realização inicial dos atos que serão publicizados por meio de edital, descrevendo as necessidades e exigências já definidas. Frisa-se que a Nova Lei de Licitações dispõe no artigo 174, *caput* e inciso I, sobre a criação do Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) que será o sítio eletrônico oficial e que realizará a divulgação centralizada dos atos previstos nesta lei (ROCHA *et al.*, 2021).

O artigo 32 §1º da Lei nº. 14.133/2021 assim dispõe:

§ 1º Na modalidade diálogo competitivo, serão observadas as seguintes disposições: I - a Administração apresentará, por ocasião da divulgação do edital em sítio eletrônico oficial, suas necessidades e as exigências já definidas e estabelecerá prazo mínimo de 25 (vinte e cinco) dias úteis para manifestação de interesse na participação da licitação; II - os critérios empregados para pré-seleção dos licitantes deverão ser previstos em edital, e serão admitidos todos os interessados que preencherem os requisitos objetivos estabelecidos;

Ao divulgar o edital, a Administração Pública apresenta seus objetivos ao mercado, abrindo prazo de no mínimo 25 dias úteis para que os agentes privados manifestem seu interesse em participar da licitação. Esse prazo poderá ser estendido caso trate-se de objetos complexos. Nessa etapa prévia se garante boa margem de discricionariedade à Administração Pública na definição dos critérios da seleção dos particulares que permanecerão no certame. Não há uma definição exaustiva dos critérios ou pré-requisitos nesta fase de pré-seleção, mas a avaliação qualitativa nesta fase preliminar deve obedecer a critérios gerais, os mais objetivos possíveis, descritos no edital, conforme artigo 32 § 1º II da Nova Lei de Licitações (ARAGÃO, 2021).

Ainda para Alexandre Santos de Aragão (2021), diferente da Diretiva 2014/24/EU, que autoriza a fixação de um número máximo de candidatos, a Nova Lei de Licitações e Contratos brasileira estabeleceu de forma expressa a impossibilidade de se limitar o número de participantes qualificados, pois, conforme

parte final do artigo 32 § 1º II, serão admitidos todos os interessados que preenchem os requisitos objetivos estabelecidos no edital. Assim sendo, todos os licitantes qualificados seguem na disputa para a segunda fase do procedimento.

3.5.2 Fase de diálogo

A construção de alternativas técnicas para o contrato, ao contrário do que se dá em outros ordenamentos, ocorre com cada um dos pré-qualificados individualmente, e não de forma coletiva. Não há limite temporal máximo para o desenvolvimento deste diálogo, pois, conforme inciso artigo 32 § 1º, V, da Lei n.º 14.133/2021, a fase de diálogo pode ser mantida até que o Poder Público, em decisão fundamentada, identifique a solução ou as soluções que atenda às suas necessidades. Verifica-se, desta forma, a grande discricionariedade da Administração Pública na condução do procedimento (ARAGÃO, 2021).

A efetiva participação dos interessados selecionados é essencial no êxito da construção das soluções, sendo que a dedicação e o afincamento nas discussões é um ônus do selecionado. A ausência dessa dedicação pode levar à vedação de que o interessado participe da parte competitiva, caso isso esteja previsto no edital (ROCHA *et al.*, 2021).

Ainda para Wesley Rocha *et al.* (2021), a previsão de que a Administração Pública esteja proibida de revelar informações sigilosas e as soluções propostas aos demais competidores pode ser observada no artigo 32, § 1º, IV da Lei n.º 14.133/2021: “a Administração não poderá revelar a outros licitantes as soluções propostas ou as informações sigilosas comunicadas por um licitante sem o seu consentimento”;

Conforme entendimento de Alexandre Santos de Aragão (2021), a Administração Pública não deve necessariamente escolher a melhor solução em uma única rodada de negociação, já que a Nova Lei de Licitações e Contratos admite que o contratante vá filtrando as melhores soluções gradativamente até chegar à melhor solução. Isso pode ser observado na forma do artigo 32, § 1º, VII da

Lei nº. 14.133/2021: “o edital poderá prever a realização de fases sucessivas, caso em que cada fase poderá restringir as soluções ou as propostas a serem discutidas”;

Por fim, a fase do diálogo encerra-se com a declaração da Administração Pública da solução ou das possíveis soluções, sendo juntado aos autos do procedimento os registros e as gravações desta fase (conforme artigo 32, § 1º, VIII, primeira parte, da Lei nº. 14.133/2021). Se nenhuma solução for construída, impõe-se o encerramento do processo licitatório. De outra forma, no término do diálogo a Administração pode entender que mais de uma solução é possível, possibilitando que as propostas na fase competitiva sejam ofertadas a partir de uma ou de outra solução (ROCHA *et al.*, 2021).

3.5.3 Fase competitiva

A fase competitiva é autônoma em relação à fase de diálogo. Dessa forma, aquele que formulou a melhor solução técnica não necessariamente será o que apresentará a proposta mais vantajosa e, portanto, vencerá a licitação. Embora a fase competitiva seja mais objetiva, a Nova Lei não definiu um critério fechado para conceituar essa “proposta mais vantajosa”. Esse critério não precisará necessariamente estabelecido no próprio edital, podendo ser descrito no início da fase competitiva, após a definição do objeto a ser contratado, conforme do artigo 32, § 1º, X (ARAGÃO, 2021).

Para Wesley Rocha *et al.* (2021), o critério técnica e preço é aquele que pode selecionar a proposta mais vantajosa, ponderando as notas concedidas à técnica e o preço da proposta, conforme artigo 36 da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

O início da fase competitiva é delimitado na forma do artigo 32, § 1º, VIII, segunda parte, da Lei nº. 14.133/2021:

[...] iniciar a fase competitiva com a divulgação de edital contendo a especificação da solução que atenda às suas necessidades e os critérios objetivos a serem utilizados para seleção da proposta mais vantajosa e abrir prazo, não inferior a 60 (sessenta) dias úteis, para todos os licitantes pré-selecionados na forma do inciso II deste

parágrafo apresentarem suas propostas, que deverão conter os elementos necessários para a realização do projeto.

Assim, a fase competitiva inicia-se com a divulgação de edital com os seguintes elementos: indicação da solução ou das soluções que suprem as necessidades da Administração Pública; apresentação dos critérios objetivos a serem empregados na seleção da proposta vantajosa; abertura de prazo não inferior a 60 (sessenta) dias úteis para apresentação e remessa das propostas pelos licitantes pré-selecionados contendo os elementos para efetivação do projeto (ROCHA *et al.*, 2021).

Conforme dito anteriormente em tópico específico deste trabalho, todo o procedimento do diálogo competitivo será conduzido por comissão de contratação composta por pelo menos três servidores efetivos ou empregados públicos pertencentes aos quadros permanentes da Administração, sendo permitida a contratação de profissionais para assessoramento técnico que assinarão termo de confidencialidade e abster-se-ão de praticar atividades que possam configurar conflito de interesses (MAZZA, 2022).

Por último, a partir dos critérios objetivos divulgados no edital da fase competitiva, a Administração Pública definirá a proposta vencedora mais vantajosa, conforme previsão do artigo 32, X, da Lei nº 14.133/2021. Ainda de acordo com estalei, e nos termos do artigo 165, I, “b”, contra o julgamento das propostas é previsto recurso, com efeito suspensivo, no prazo de 3 (três) dias úteis (ROCHA *et al.*, 2021).

3.6 Utilização prática

Para Wesley Rocha *et al.* (2021), a intensidade de utilização do diálogo concorrencial na Europa é muito diversa. No período de janeiro de 2004 a junho de 2009, observam-se países que utilizaram esse instituto com intensidade, outros de forma moderada e alguns de forma fraca. A França e o Reino Unido registraram respectivamente 1.239 e 1.194 contratos administrativos firmados a partir dessa modalidade, sendo estes os países europeus que mais a empregaram. Já os países: Alemanha, Holanda, Irlanda, Dinamarca e Finlândia tiveram utilização moderada,

valendo-se do diálogo concorrencial, respectivamente, em 113, 72, 47 e 32 contratos administrativos. Por fim, de menor monta, Espanha e Portugal tiveram, respectivamente, 19 e 4 empregos dessa modalidade de licitação.

Já para Alexandre Santos de Aragão (2021), embora o diálogo competitivo seja um mecanismo eficaz para a materialização de projetos inovadores por parte da Administração Pública, a utilização desta modalidade nem sempre será vantajosa, já que a competição pode ser por vezes prejudicada. O autor cita como exemplo um cenário em que a melhor solução desenhada por determinado particular seja exequível, por questões tecnológicas, apenas pelo próprio licitante que propôs aquela alternativa. Além disso, para o autor, como se trata de um instituto novo no direito brasileiro, esta modalidade suscitará muitas outras discussões as quais só se terá respostas com o passar do tempo.

No capítulo III, tratou-se da origem, definição, objetos, comissão de contratação, procedimento e utilização prática do diálogo competitivo. Dessa forma, aprofundou-se o estudo do objeto deste trabalho monográfico, em especial pelo detalhamento das fases procedimentais desta nova modalidade licitatória.

CONCLUSÃO

Durante o estudo monográfico, todas as etapas construídas objetivaram a análise da nova modalidade apresentada com a edição da Lei nº 14.133/2021. Para isso, procurou-se apresentar primeiramente, com fins didáticos, o termo “licitação” como procedimento administrativo prévio à celebração de contratos pela Administração Pública fundamentado em um dever trazido pela própria Constituição Federal. Além disso, por ser de grande relevância ao tema, foram expostos os princípios basilares que regem tal instituto.

Nos segundo e terceiro capítulos do presente trabalho, foram realizados estudos sobre o âmbito de aplicação e as principais inovações apresentadas pela Lei 14.133/2021, e, em especial, da modalidade Diálogo Competitivo. Nessa seara, foram apresentados a origem, a definição, a aplicação, o procedimento e a utilização desta modalidade.

A nova modalidade licitatória apresenta-se como alternativa para a Administração Pública em contratações que envolvam inovação tecnológica ou técnica e nas quais haja impossibilidade do órgão (ou entidade) ter sua necessidade satisfeita ou suas especificações técnicas definidas sem a adaptação de soluções disponíveis no mercado.

Ademais, cumpre esclarecer que o procedimento utilizado em tal modalidade difere-se do utilizado para as demais modalidades licitatórias. Esse procedimento envolve as seguintes fases: pré-seleção dos interessados, diálogo entre os pré-selecionados e fase competitiva. Além disso, também há exigência de

que a condução seja feita por uma comissão de contratação e não só pelo agente de contratação.

Mesmo ante a inovação apresentada pela inclusão da referida modalidade no ordenamento jurídico brasileiro, não há ainda uma aplicação de forma geral e irrestrita, tendo em vista a falta de prática na execução do novo procedimento, bem como a faculdade de utilização das modalidades previstas nas Leis 8.666/1993, 12.462/2011 (RDC) e 10.520/2002 (Pregão) até o dia 30 de dezembro de 2023.

Nesse contexto, a Administração Pública e os servidores responsáveis pelos procedimentos licitatórios têm um importante desafio para a inovação da máquina estatal. Tal inovação somada à dificuldade na execução do novo procedimento justificaram o presente estudo, uma vez que servirá de meio à explicação do novo arcabouço jurídico-legal.

Sendo o tema recente, o trabalho que recorta o seu estudo ganha espaço nas Ciências Jurídicas, sendo meio para obtenção de conhecimento sobre procedimentos licitatórios, com o intuito de detalhar a modalidade Diálogo Competitivo.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O diálogo competitivo na nova lei de licitações e contratos da administração pública. **Rev. Direito Adm.**, Rio de Janeiro, v. 280, p. 41-66, set/dez. 2021. Disponível em: www.researchgate.net/publication/357544053_O_dialogo_competitivo_na_nova_lei_de_licitacoes_e_contratos_da_Administracao_Publica/link/638f8a49095a6a7774093e80/download. Acesso em: 15 mar. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/. Acesso em: 15 mar. 2023.

BRASIL. **Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp123.htm. Acesso em: 08 mar. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm. Acesso em: 06 mar. 2023.

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 14 mar. 2023.

COUTO, Reinaldo, e Álvaro do Canto Capagio. **Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. Editora Saraiva, 2021. Disponível em: Minha Biblioteca. Acesso em 15 de março de 2023. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556273785/>. Acesso em: 06 mar. 2023.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559771837. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559771837/>. Acesso em: 11 nov. 2022.

SILVA FILHO, Marcílio da F. **Nova lei de licitações e contratos administrativos comentada**. Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786553622593. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553622593/>. Acesso em: 09 mar. 2023.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786553620735. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620735/>. Acesso em: 15 mar. 2023.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho R. **Curso de Direito Administrativo**. Grupo GEN, 2021. E-book. ISBN 9788530993962. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530993962/>. Acesso em: 13 nov. 2022.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella D. **Direito Administrativo**. Disponível em: Minha Biblioteca, (36th edição). Grupo GEN, 2023. Acesso em: 10 mar. 2023.

ROCHA, Wesley; VANIN, Fábio S.; FIGUEIREDO, Pedro Henrique Poli D. **A Nova Lei de Licitações**. Grupo Almedina (Portugal), 2021. E-book. ISBN 9786556273785. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556273785/>. Acesso em: 14 mar. 2023.

RODRIGUES, Rodrigo B. **Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. Disponível em: Minha Biblioteca, Editora Saraiva, 2021. Acesso em: 15 mar. 2023.

SPITZCOVSKY, Celso. **Esquematizado - Direito Administrativo**. Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786555596250. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596250/>. Acesso em: 11 nov. 2022.

SPITZCOVSKY, Celso. **Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos: principais diretrizes e mudanças**. Editora Saraiva, 2021. E-book. ISBN 9786555598032. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555598032/>. Acesso em: 15 mar. 2023.

ZAFFARI, Eduardo; FERREIRA, Gabriel B.; LIMA, Náthani S.; et al. **Licitações e Contratos**. Grupo A, 2022. E-book. ISBN 9786556902180. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556902180/>. Acesso em: 15 mar. 2023.